الفقهُ الإسلاميّ في ثوبهِ الجديد
(١)

المدخل الفقهي العام

إخراج جديد

بتطوير في الترتيب والتبويب ، وزيادات

تأليف
مصطفى أحمد الزرقا
أستاذ الشريعة الإسلاميّة والقانون المدني
في كليّة الشريعة وفي كليّة الحقوق بجامعة دمشق سابقاً

الجزء الأوّل

دار القلم
دمشق

الطّبعة الأولى
١٤١٨هـ - ١٩٩٨م

تُطلب جميع كتبنا من :
دار القلم - دمشق : ص.ب : ٤٥٢٣ - ت : ٢٢٢٩١٧٧
الدار الشامية - بيروت - ت : ٦٥٣٦٥٥ / ٦٥٣٦٦٦
ص.ب : ٦٥٠١ / ١١٣

توزع جميع كتبنا في السعودية عن طريق
دار البشير - جدة : ٢١٤٦١ - ص.ب : ٢٨٩٥
ت : ٦٦٠٨٩٠٤ / ٦٦٥٧٦٢١

الفصل السادس والسبعون

العرف وتغيُّر الزمان: نظرة عامة

٧٦/ ١ ـ من المقرَّر في فقه الشريعة أن لتغير الأوضاع والأحوال الزمنية تأثيراً كبيراً في كثير من الأحكام الشرعية الاجتهادية. فإنَّ هذه الأحكام تنظيم أوجبه الشرع يهدف إلى إقامة العدل وجلب المصالح ودرء المفاسد. فهي ذات ارتباط وثيق بالأوضاع والوسائل الزمنية وبالأخلاق العامة. فكم من حكم كان تدبيراً وعلاجاً ناجعاً لبيئة في زمن معين، فأصبح بعد جيل أو أجيال لا يوصل إلى المقصود منه، أو أصبح يفضي إلى عكسه، بتغيُّر الأوضاع والوسائل والأخلاق.

وعن هذا أفتى الفقهاء المتأخرون من شتى المذاهب الفقهية في كثير من المسائل بعكس ما أفتى به أئمة مذاهبهم وفقهاؤها الأولون، وصرَّح هؤلاء المتأخرون بأنَّ سبب اختلاف فتواهم عمن سبقهم هو **اختلاف الزمان وفساد الأخلاق**. فليسوا في الحقيقة مخالفين للسابقين من فقهاء مذاهبهم، بل لو وجد الأئمة الأولون في عصر المتأخرين، ورأوا اختلاف الزمان والأخلاق لعدلوا إلى ما قال المتأخرون.

(ر: «نشر العرف» لابن عابدين في مجموعة رسائله ٢/ ١٢٥).

وعلى هذا الأساس أسست القاعدة الفقهية القائلة: **«لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان»** (م/ ٣٩).

٧٦/ ٢ ـ ما هي الأحكام التي يجب تغييرها بتغير الزمان:

وقد اتفقت كلمة فقهاء المذاهب على أنَّ الأحكام التي تتبدل بتبدل

الزمان وأخلاق الناس هي **الأحكام الاجتهادية من قياسية ومصلحية**، أي التي قررها الاجتهاد بناءً على القياس أو على دواعي المصلحة، وهي المقصودة بالقاعدة الآنفة الذكر.

أما الأحكام الأساسية التي جاءت الشريعة لتأسيسها وتوطيدها بنصوصها الأصلية الآمرة الناهية، كحرمة المحرمات المطلقة، وكوجوب التراضي في العقود، والتزام الإنسان بعقده، وضمان الضرر الذي يُلحقه بغيره، وسريان إقراره على نفسه دون غيره، ووجوب منع الأذى وقمع الإجرام، وسد الذرائع إلى الفساد، وحماية الحقوق المكتسبة، ومسؤولية كل مكلف عن عمله وتقصيره، وعدم مؤاخذة بريء بذنب غيره إلى غير ذلك من الأحكام والمبادىء الشرعية الثابتة التي جاءت الشريعة لتأسيسها ومقاومة خلافها، فهذه لا تتبدل بتبدل الأزمان، بل هي الأصول التي جاءت بها الشريعة لإصلاح الأزمان والأجيال؛ ولكن وسائل تحقيقها وأساليب تطبيقها قد تتبدل باختلاف الأزمنة المحدثة.

فوسيلة حماية الحقوق مثلاً وهو القضاء كانت المحاكم فيه تقوم على أسلوب القاضي الفرد، وقضاؤه على درجة واحدة قطعية، فيمكن أن تتبدل إلى أسلوب محكمة الجماعة، وتعدد درجات المحاكم، بحسب المصلحة الزمنية التي أصبحت تقتضي زيادة الاحتياط لفساد الذمم.

فالحقيقة أنَّ الأحكام الشرعية التي تتبدل بتبدل الزمان مهما تغيَّرت باختلاف الزمن فإن المبدأ الشرعي فيها واحد، وهو إحقاق الحق، وجلب المصالح ودرء المفاسد. وليس تبدل الأحكام إلا تبدل الوسائل والأساليب الموصلة إلى غاية الشارع، فإنَّ تلك الوسائل والأساليب في الغالب لم تحدِّدها الشريعة الإسلامية، بل تركتها مطلقة لكي يختار منها في كل زمان ما هو أصلح في التنظيم نتاجاً، وأنجح في التقويم علاجاً.

٣/٧٦ ـ عوامل تغير الزمان نوعان: فساد وتطور:

قد يكون تغير الزمان الموجب لتبديل الأحكام الفقهية الاجتهادية ناشئاً

عن فساد الأخلاق وفقدان الورع وضعف الوازع، مما يسمونه: **فساد الزمان**.

وقد يكون ناشئاً عن حدوث أوضاع تنظيمية ووسائل زمنية جديدة من أوامر قانونية مصلحية، وترتيبات إدارية، وأساليب اقتصادية، ونحو ذلك.

وهذا النوع الثاني هو أيضاً كالأول موجب لتغيير الأحكام الفقهية الاجتهادية المقررة قبله إذا أصبحت لا تتلاءم معه لأنها تصبح عندئذ عبثاً أو ضرراً، والشريعة منزّهة عن ذلك. وقد قدَّمنا نقلاً عن «الموافقات» للشاطبي أنه **«لا عبث في الشريعة»** (ر: ف٦٤/٢) وسنبين فيما يلي أمثلة تغيُّر الأحكام لتغير الأزمان بنوعيه.

الفصل السابع والسبعون

تغيُّر الأحكام الاجتهادية بفساد الزمان

١/٧٧ ـ فمن المسائل التي غيَّر الفقهاء المتأخرون أحكامها التي قررها اجتهاد الأئمة الأولين، وعللوا ذلك بفساد الزمان، أي بفساد الأخلاق العامة، القضايا التالية:

٢/٧٧ ـ أ ـ من المقرَّر في أصل المذهب الحنفي أنَّ المدين تنفذ تصرُّفاته في أمواله بالهبة والوقف وسائر وجوه التبرُّع، ولو كانت ديونه مستغرقة أمواله كلها، باعتبار أنَّ الديون تتعلَّق بذمته، فتبقى أعيان أمواله حرة، فينفذ فيها تصرفه. وهذا هو مقتضى القواعد القياسية.

ثم لما فَسَدت ذِمَمُ الناس، وكثر الطمع، وقلَّ الورع، وأصبح المدينون يعمدون إلى تهريب أموالهم من وجه الدائنين عن طريق وقفها أو هبتها لمن يثقون به من قريب أو صديق، أفتى المتأخرون من فقهاء المذهبين الحنبلي والحنفي بعدم نَفَاذ هذه التصرُّفات من المدين إلا فيما يزيد عن وفاء الدين من أمواله كما تقدَّم تفصيله في محله من نظرية الأهلية (ف٦٥/ ٥).

٣/٧٧ ـ ب ـ في أصل المذهب الحنفي أنَّ الغاصب لا يضمن قيمة منافع المغصوب عن مدة الغصب، بل يضمن العين فقط إذا هلكت أو تعيَّبَت، لأنَّ المنافع عندهم ليست متقوِّمة في ذاتها، وإنما تتقوم بعقد

الإجارة، ولا عقد في الغصب[1].

ولكن **المتأخرين** من فقهاء المذهب الحنفي نظروا تجرؤ الناس على الغصب، وضعف الوازع الديني في نفوسهم، فأفتوا بتضمين الغاصب أجرة المثل عن منافع المغصوب إذا كان المغصوب مالَ وقفٍ أو مال يتيم أو معداً للاستغلال، على خلاف الأصل القياسي في المذهب، زجراً للناس عن العدوان، لفساد الزمان، وهذه الأموال الثلاثة مطمع لضعف الباعث الشخصي على حمايتها.

وعلى هذا استقرَّ العمل وجاءت المجلة (ر: م/٥٩٦/وشرحها) واستناداً إلى العلة نفسها نستطيع أن نقول: إنَّ قواعد الاجتهاد الحنفي تتقبل مبدأ تضمين بدل منافع المغصوب مطلقاً في جميع الأموال، لا في هذه الأنواع الثلاثة فقط، لازدياد فساد الذمم، وكثرة الطمع في أموال الغير، والتجاوز على الحقوق.

وهذا التعميم في تضمين المنافع توجبه النصوص القانونية لدينا اليوم، وفيه المصلحة.

٧٧/ ٤ ـ ج ـ في أصل المذهب الحنفي أنَّ الزوجة إذا قَبَضَت معجَّل مهرها تلزم بمتابعة زوجها حيث شاء.

ولكن المتأخرين لحظوا انقلاب الأخلاق وغلبة الجور، وأن كثيراً من الرجال يسافرون بزوجاتهم إلى بلاد نائية ليس لهن فيها أهل ولا نصير، فيسيئون معاملتهن ويجورون عليهن، **فأفتى المتأخرون** بأنَّ المرأة، ولو قبضت معجل مهرها، لا تجبر على متابعة زوجها إلى مكان إلا إذا كان وطناً لها، وقد جرى فيه عقد الزواج بينهما، وذلك لفساد الزمان وأخلاق

(١) وقد ذهب الأئمة الثلاثة إلى عكس ما ذهب إليه الاجتهاد الحنفي، فاعتبروا المنافع متقوِّمة في ذاتها كالأعيان، وأوجبوا تضمين الغاصب أجرة المثل عن المال المغصوب مدة الغصب، سواءٌ استوفى الغاصب منافعه أو عطلها.

وهذا الاجتهاد أوجه وأصلح، كما سنرى في الجزء الثالث (ر: ف ٤/١١ ـ ٤/١٢).

الناس. وعلى هذا استقرت الفتوى والقضاء في المذهب[١].

(ر: باب المهر في كتاب النكاح في الدرر ١/ ٣٤٧، وفي رد المحتار ٢/ ٣٦٠).

٥/٧٧ ـ د ـ في أصل المذهب الحنفي وغيره أنَّ القاضي يقضي بعلمه الشخصي في الحوادث. أي إنَّ علمه بالوقائع المتنازَع فيها يصلح مستنداً لقضائه ويغني المدَّعي عن إثبات مُدَّعَاه بالبيِّنة، فيكون علم القاضي بواقع الحال هو البيِّنة. وفي ذلك أقضيةٌ مأثورة عن عمر وغيره. ولكن لوحظ فيما بعد أنَّ القضاة قد غَلَب عليهم الفساد والسوء وأخذ الرِّشا، ولم يعد يختار للقضاء الأوفر ثقةً وعفةً وكفاية، بل الأكثر تَزَلُّفاً إلى الولاة، وسعياً في استرضائهم، وإلحافاً في طلب التوظيف.

لذلك **أفتى المتأخرون** بأنه لا يصح أن يقضي القاضي بعلمه الشخصي في الوقائع، بل لا بد أن يستندَ قضاؤه إلى البيِّنات المثبتة في مجلس القضاء. حتى لو شاهد القاضي بنفسه عقداً أو قرضاً أو واقعة ما بين اثنين خارج مجلس القضاء، ثم ادَّعى بها أحدهما وجَحَدها الآخر، فليس للقاضي أن يقضي للمدعي بلا بيِّنة؛ إذ لو سَاغَ ذلك بعدما فَسَدت ذمم كثير من القضاة لزعموا العلم بالوقائع زوراً وميلاً مع الأقوى وسيلة من الخصمَين. فهذا المنع، وإنْ أضاع بعض الحقوق لفقدان الإثبات، يدفع باطلاً كثيراً.

(١) يلحظ هنا أنَّ المادة /٧١/ من «قانون حقوق العائلة العثماني» الذي كان نافذاً لدينا جاءت توجب على المرأة متابعة زوجها حيث شاء رجوعاً إلى أصل المذهب لأنَّ الزوج أدرى بموطن رزقه.

والسبب في هذا الرجوع أنَّ القانون المذكور قد فتح في المادة /١٣٠/ منه للمرأة طريقَ الخلاص بطلب التفريق القضائي إن لم يطب لها المقام مع زوجها.

ثم جاءت المادة /٧٠/ من قانون الأحوال الشخصية الصادر عام/١٩٥٣ ميلادية لدينا تقرر **«إجبار الزوجة على السفر مع زوجها إلا إذا اشترط في العقد غير ذلك، أو وجد القاضي مانعاً من السفر»**.

وهكذا استقرَّ عمل المتأخرين على عدم نفاذ قضاء القاضي بعلمه.

ـ على أنَّ للقاضي أن يعتمدَ علمه في غير القضاء من أمور الحسبة[1] والتدابير الإدارية الاحتياطية كما لو علم ببينونة امرأة مع استمرار الخلطة بينها وبين زوجها، أو علم بغصب مال، فإنَّ له أن يحول بين الرجل ومطلقته، وأن يضع المال المغصوب عند أمين إلى حين الإثبات[2].

٦/٧٧ ـ هـ ـ من المبادىء المقررة في أصل المذهب أنَّ العمل الواجبَ على شخص شرعاً لا يصح استئجاره فيه ولا يجوز له أخذ أجرة عليه.

وعلى هذا لو امتنع الغاصب عن رد المغصوب إلى مكان الغصب إلا بأجرة، فدفعها له المغصوب منه لا يستحقها الغاصب، بل تسترد منه. ولو امتنعت الزوجة عن القيام بالعمل الواجب عليها ديانة ضمن البيت فاستأجرها لأجله الزوج لا تستحق الأجرة.

ومن فروع هذا المبدأ الفقهي أنَّ القيام بالعبادات والأعمال الدينية الواجبة، كالإمامة وخطبة الجمعة وتعليم القرآن والعلم، لا يجوز أخذ الأجرة عليه في أصل المذهب، بل على المقتدر أن يقوم بذلك مجاناً لأنه واجب ديني. (ر. «البدائع» شرائط المعقود عليه في الإجارة ٤/ ١٩١ ـ ١٩٢).

غير أنَّ المتأخرين من فقهاء المذهب لحظوا قعود الهمم عن هذه الواجبات، وانقطاع الجِرايات من بيت المال عن العلماء مما اضطرهم إلى التماس الكسب، حتى أصبح القيام بهذه الواجبات غير مضمون إلا بالأجر.

---

(١) انظر في معنى أمور الحسبة ما تقدم (ف ١٣/ ١ الحاشية).

(٢) ر: «الدر المختار ورد المحتار» ٤/ ٣٤٥ و ٣٥٥، و«الأشباه» لابن نجيم الفن الثاني آخر كتاب القضاء، و«جامع الفصولين» ج ١ آخر الفصل الأول ص٢٦، ومنتصف الفصل العاشر ص١٣٣ طبعة المطبعة الأزهرية.

لذلك أفتى المتأخرون بجواز أخذ الأجور عليها، حرصاً على تعليم القرآن ونشر العلم وإقامة الشعائر الدينية بين الناس.

٧/٧٧ ـ و ـ إنَّ الشهود الذين يُقضى بشهادتهم في الحوادث يجب أن يكونوا **عدولاً**، أي ثقات، وهم المحافظون على الواجبات الدينية، المعروفون بالصدق والأمانة. وإنَّ عدالة الشهود شريطة اشترطها القرآن لقبول شهادتهم، وأيَّدتها السنة وأجمع عليها فقهاء الإسلام.

غير أنَّ المتأخرين من فقهائنا لحظوا نُدْرة العدالةِ الكاملة التي فسرت بها النصوص، لفسادِ الزمن وضعف الذمم وفتورِ الحسِّ الديني الوازع. فإذا تطلَّب القضاة دائماً نِصَابَ العدالة الشرعية في الشهود ضاعت الحقوق لامتناع الإثبات. فلذا أفتوا بقَبول شهادة **الأمثل فالأمثل** من القوم حيث تَقِلُّ العدالة الكاملة.

ومعنى الأمثل فالأمثل: الأحسن فالأحسن حالاً بين الموجودين، ولو كان في ذاته غير كامل العدالة بحدها الشرعي، أي أنهم تنازلوا عن اشتراط العدالة المطلقة إلى العدالة النسبية. (ر: «معين الحكام» القسم الثاني، الباب ٢٢ ص/١٤٥).

٨/٧٧ ـ ز ـ وكذلك أفتى المتأخرون في إثبات الأهِلَّة لصيام رمضان وللعيدين بقَبول رؤية شخصين، ولو لم يكن في السماء علَّة تمنع الرؤيا من غيم أو ضباب أو غبار، بعد أن كان في أصل المذهب الحنفي لا يثبت إهلال الهلال عند صفاء السماء إلا برؤية جمع عظيم، لأنَّ معظم الناس يلتمسون الرؤية. فانفراد اثنين بادعاء الرؤية مظنَّةُ الغَلَط أو الشبهة.

وقد عَلَّل المتأخرون قَبول رؤية الاثنين بقعود همم الناس عن التماس رؤية الهلال. فلم تبق رؤية اثنين منهم مَظِنَّة الغلط إذا لم يكن في شهادتهما شبهة أو تهمة تدعو إلى الشك والريبة (ر: البحر الرائق لابن نجيم، ورسالة العرف والعادة للأستاذ أبي سنة ص/١١١ ـ ١١٢).

٩/٧٧ ـ هذه أمثلة قليل من كثير من المسائل التي تغيَّرت فيها الآراء الفقهية والفتاوى وعمل القضاء، لا لاختلاف في الأنظار والمبادىء الفقهية التي بُنِيَت عليها الأحكام الأولى، بل بسبب **تغيُّر الزمان وفساد الأخلاق العامة**، كقعود الهمم عن الواجبات، وفساد الذمم في المعاملات، وفشوِّ الظلم، وضعف الوازع الديني عن أكل الحقوق بالباطل إلخ. . .

حتى إنَّ الأحكام الواردة في السنة النبوية نفسها إذا كان منها شيء مبنياً على رعاية أحوال الناس وأخلاقهم في عصر النبوة، ثم تبدلت أحوالهم وفسَدَت أخلاقهم، وجب تبديل الحكم النبوي تبعاً لذلك إلى ما يوافق غرض الشارع في جلب المصالح ودرءِ المفاسد وصيانةِ الحقوق. وعلى هذا المبدأ سار الصحابة الكرام بعد عصر النبوة.

فقد ورد في صحيح البخاري وغيره[١] أن النبي عليه الصلاة والسلام سُئِلَ عن ضالَّةِ الإبل هل يلتقطها من يراها لتعريفها وردِّها على صاحبها متى ظهر (كضالة الغنم ونحوها من الأشياء الصغيرة التي يخشى عليها)، فنهى النبي ﷺ عن التقاطها لأنها لا يخشى عليها ما يخشى على غيرها من الضياع، وأمر بتركها تَرِدُ الماء وترعى الكلأ حتى يلقاها ربها. وقد ظل هذا الحكم محافظاً عليه إلى آخر عهد عمر.

فلما كان عهد عثمان بن عفان أَمَرَ بالتقاط ضوالِّ الإبل وبيعها، على

---

(١) رواه البخاري في كتاب العلم، باب الغضب في الموعظة والتعليم إذا رأى ما يكره (٩١) عن زيد بن خالد الجهني أن النبي سأله رجل عن ضالَّة الإبل، فغضب حتى احمرت وجنتاه فقال: «ومالك ولها؟، معها سقاؤها وحِذاؤها، تَرِدُ الماء، وترعى الشجر، فذرها حتى يلقاها ربها». ورواه في اللقطة (٢٤٣٦)، ومسلم رقم (١٧٢٢) في اللقطة. قال ابن الأثير في «جامع الأصول» ١٠/٧٠٢: إنما شدد في ضالة الإبل بقوله: معها حذاؤها، وهو ما تطأ به الأرض من خفها لأنه أراد أنها تقوى به على قطع الأرض. وقوله: (سقاؤها) أراد أنها تقوى على ورود المياه ورعي الشجر والامتناع من السباع المفترسة. وكذا ما كان في معنى الإبل من البقر والخيل والحمير. انتهى.

خلاف ما أمر به رسول الله ﷺ، فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها، روى ذلك مالك عن ابن شهاب الزهري[1]، ذلك لأنَّ عثمان رأى أنَّ الناس قد دبَّ إليهم فسادُ الأخلاق والذمم، وامتدت أيديهم إلى الحرام، فهذا التدبير أصْوَن لضالة الإبل وأحفظ لحق صاحبها خوفاً من أن تنالها يد سارق أو طامع. فهو بذلك ـ وإن خالف أمر رسول الله في الظاهر ـ إنما هو موافق لمقصوده، إذ لو بقي العمل على موجب ذلك الأمر بعد فساد الزمان لآلَ إلى عكس مراد النبي عليه الصلاة والسلام في صيانة الأموال، وكانت نتيجته ضرراً. (ر: تاريخ الفقه الإسلامي إخراج كلية الشريعة في الأزهر طبعة مطبعة وادي الملوك ص/٤٨).

---

(١) رواه مالك في (الموطأ) ٢/٧٥٩ في الأقضية، أنه سمع ابن شهاب يقول: كانت ضوال الإبل في زمن عمر رضي الله عنه: إبلاً مؤبَّلة تناتج، لا يمسُّها أحد حتى إذا كان زمن عثمان بن عفان، أمر بتعريفها ثم تباع. فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها. قال ابن الأثير في «جامع الأصول» ١٠/٧١١: «إبلاً مؤبَّلة، إذا كانت الإبل مهملة».

الفصل الثامن والسبعون

تغيير الأحكام الاجتهادية
لتطور الوسائل واختلاف الأوضاع

٧٨/ ١ ـ أ ـ في الماضي:

ثَبَتَ عن النبي ﷺ أنه نهى عن كتابة أحاديثه وقال لأصحابه: «من كتب عني غيرَ القرآن فليمحه»[١].

واستمر الصحابة والتابعون يتناقلون السنَّة النبوية حفظاً وشفاهاً لا يكتبونها حتى آخر القرن الأول الهجري عملاً بهذا النهي.

ثم انصرف العلماء في مطلع القرن الثاني بأمر من الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز (رضي الله عنه) إلى تدوين السنة النبوية، لأنهم خافوا ضياعها بموت حفظتها. ورأوا أن سبب نهي النبي عليه الصلاة والسلام عن كتابتها إنما هو خشيته من أن تختلط بالقرآن، إذ كان الصحابة يكتبون ما ينزل منه على رقاع. فلما عمَّ القرآن وشاعَ حفظاً وكتابةً، ولم يبق هناك خشية من اختلاطه بالحديث النبوي، لم يبق موجب لعدم كتابة السنة، بل أصبحت كتابتها واجبة لأنها الطريقة الوحيدة لصيانتها من الضياع، وقد تقدَّم أن الحكم يدور مع علته ثبوتاً وانتفاء.

٧٨/ ٢ ـ ب ـ في العصر الحاضر:

١ ـ قبل إنشاء السجلات العَقَارية الرسمية التي تحدد العقارات،

---

(١) أخرجه مسلم في الزهد (٣٠٠٤)، وأحمد في المسند ١/ ١٧١، والدارمي في المقدمة ١/ ٩٨.

وتعطي كلاً منها رقماً خاصاً، كان التعاقد على العقار الغائب عن مجلس العقد لا بد لصحته من ذكر حدود العقار، أي ما يلاصقه من الجهات الأربع، ليتميَّزَ العقار المعقود عليه عن غيره وفقاً لما تقضي به القواعد العامة من معلومية محل العقد.

ولكن بعد إنشاء السجلات العقارية في كثير من الممالك والبلدان اليوم أصبح يكتفى قانوناً في العقود بذكر رقم مَحضر العقار دون ذكر حدوده.

وهذا ما يوجبه فقه الشريعة، لأنَّ الأوضاع والتنظيمات الزمنية أوجدت وسيلةً جديدة أسهل وأتم تعييناً وتمييزاً للعقار من ذكر الحدود في العقود العقارية. فأصبح اشتراط ذكر الحدود عبثاً، وقد قدمنا أنه لا عبث في الشريعة (ر: ف ٣/٧٦).

٢ ـ وكذلك كان تسليم العقار المبيع إلى المشتري لا يتمُّ إلا بتفريغ العقار وتسليمه فعلاً إلى المشتري، أو تمكينه منه بتسليم مفتاحه ونحو ذلك. فإذا لم يتم هذا التسليم يبقى العقار معتبراً في يد البائع، فيكون هلاكه على ضمانه هو ومسؤوليته وفقاً للأحكام الفقهية العامة في ضمان المبيع قبل التسليم.

ولكن بعد وجود الأحكام القانونية التي تخضع العقود العقارية للتسجيل في السجل العقاري استقرَّ الاجتهاد القضائي أخيراً لدينا على اعتبار التسليم حاصلاً بمجرد تسجيل العقد في السجل العقاري. فمن تاريخ التسجيل ينتقل ضمانُ هلاك المبيع من عُهدة البائع إلى عهدة المشتري لأن تسجيل البيع فيه تمكين للمشتري أكثر مما في التسليم الفعلي، إذ العبرة في الملكية العقارية قانوناً لقيود السجل العقاري لا للأيدي والتصرُّفات. وبتسجيل البيع لم يبق البائع متمكناً أن يتصرَّف في العقار المبيع بعقد آخر استناداً إلى وجوده في يده. وجميع الحقوق والدعاوى المتفرِّعة عن الملكية، كطلب نزع اليد وطلب الأجرة وغير ذلك، تنتقل إلى المشتري بمجرد التسجيل.

فبناءً على ذلك يصبح من الضروري في فقه الشريعة أن يعتبر لتسجيل العقد العقاري حكم التسليم الفعلي للعقار في ظل هذه الأوضاع القانونية التنظيمية الجديدة[١].

٣ ـ أوجب الشرع الإسلامي على كل زوجة تُطَلَّق من زوجها عدة تعتدها، وهي أن تمكث مدة معينة يمنع فيها زواجها برجل آخر. وذلك لمقاصد شرعية تعتبر من النظام العام في الإسلام. أهمها تحقق فراغ رحمها من الحمل منعاً لاختلاط الأنساب.

وكان في الحالات التي يقضي فيها القاضي بالتطليق الجبري أو بفسخ النكاح تعتبر المرأة داخلة في العدة ويبدأ حساب عدتها من فور قضاء القاضي بالفرقة، لأن حكم القاضي في الماضي كان يصدر مبرماً واجب التنفيذ فوراً، لأنَّ القضاء مؤسس شرعاً على درجة واحدة، وليس فوق القاضي أحد له حق النظر في قضائه.

لكن اليوم قد أصبح النظام القضائي لدينا يجعل قضاء القاضي خاضعاً للطعن بطريق الاستئناف أو بطريق النقض أو بكليهما. وهذا التنظيم القضائي الجديد لا ينافي الشرع لأنه من الأمور الاستصلاحية الخاضعة لقاعدة المصالح المرسلة (ر: ف ٥/٧ وما بعدها).

فإذا قضى القاضي اليوم بالفرقة بين الزوجين وجب أن لا تدخل المرأة في العدة إلا بعد أن يصبح قضاؤه مبرماً غير خاضع لطريق من طرق الطعن القضائي، وذلك إما بانقضاء المهل القانونية دون طعن من الخصم، أو بإبرام الحكم المطعون فيه لدى المحكمة المطعون لديها ورفضها للطعن حين ترى الحكم موافقاً للأصول. فمن هذا الوقت يجب اليوم أن تدخل

---

(١) أوضحنا ذلك واستوفينا أدلته في «عقد البيع» وهو الذي يبدأ فيه قسم العقود المسماة من هذه السلسلة الفقهية (ر: ٤/ ف١٠٩).

المرأة في العدة ويبدأ حسابها، لا من وقت صدور الحكم الابتدائي، لأنها لو اعتدت منذ صدور الحكم الابتدائي لربما تنقضي عدتها وتتحرر من آثار الزوجية قبل الفصل في الطعن المرفوع على حكم القاضي الأول بانحلال الزوجية، ثم ينقض هذا الحكم لخلل تراه المحكمة العليا فيه. وهذا النقض يرفع الحكم السابق، ويوجب عودة الزوجية.

فكيف يمكن ذلك بعد أن تصبح المرأة متحررة من آثار الزواج بانقضاء عدتها وقد ساغ لها أن تتزوج زوجاً آخر، وقد تكون تزوّجت فعلاً؟!.

لذلك يجب أن يعتبر الحكم الابتدائي الأول بالفرقة كحكم معلق على الإبرام (أي يعتبر مشروع فرقة) لا تسري نتائجه، وخاصة منها العدة إلا من بعد صيرورته مبرماً.

وقبل ذلك تبقى الزوجية قائمة بكل نتائجها رغم قضاء القاضي بالفرقة نظراً لتبدل الأوضاع القضائية عما كانت عليه في الماضي عندما كان قضاء القاضي الشرعي يصدر على درجة واحدة مبرماً لا معقب عليه.

ولا محذور في اعتبار الزوجية قائمة قبل انبرام الحكم بالفرقة، بل إنَّ لذلك نظيراً في الشرع يشبهه من هذا الوجه وهو الطلاق الرجعي الذي يوقعه الزوج نفسه. فإن الزوجية تبقى مع الطلاق الرجعي قائمة من كل وجه بين الزوجين رغم الطلاق ما دامت المرأة في العدة، حتى إنَّ المتعة الزوجية تظل حلالاً بينهما وتقع بها الرجعة، وكذا لو مات أحدهما خلال العدة يرثه الآخر. فالطلاق الرجعي في النظام الإسلامي هو كما يقال بلغة العصر: «مشروع فرقة» قابل للرفع والإلغاء بالمراجعة. فإذا انقضت عدة المرأة دون رجعة من الزوج المطلّق فعندئذ تقع البينونة (الفرقة).

فيجب أن يعتبر نظير ذلك بالنسبة إلى بدء عدة المرأة في حالة التطليق

القضائي اليوم[١].

٣/٧٨ ـ فمن مجموع هذه الأمثلة وأشباهها يتضح أنَّ قضية تغيُّر الأحكام لتغير الزمان لا يصح أن تعتبر من صميم نظرية العرف كما يعتبرها بعض الباحثين، بل هي من نظرية **المصالح المرسلة**. فإنَّ قعود الهمم، وفساد الذمم، وقلة الورع، وكثرة الطمع، والمستحدثات الجديدة، ليست أعرافاً يتعارفها الناس ويبنون عليها أعمالهم ومعاملاتهم، وإنما هي انحلال في الأخلاق يضعف الثقة، أو هي اختلاف في وسائل التنظيم الزمني. وكل ذلك يجعل الأحكام التي أسَّسها الاجتهاد في ظروف مختلفة عن الظروف الجديدة غير صالحة لتحقيق الغاية الشرعية من تطبيقها، فيجب أن تتغير إلى الشكل الذي يتناسب مع الأوضاع القائمة، ويحقق الغاية الشرعية من الحكم الأصلي.

وذلك نظير السفينة الشراعية التي تقصد اتجاهاً معيناً في ريح شمالية مثلاً، فإنَّ شراعها يقام على شكل يسير بالسفينة في الاتجاه المطلوب. فإذا انحرف مهب الريح وجبَ تعديل وضع الشراع إلى شكل يضمن سير السفينة في اتجاهها المقصود وإلا انحرفت أو توقفت.

وقد قال العلامة ابن عابدين رحمه الله في رسالته «نشر العَرف» ما نصه: «كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله، **أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان**، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد. ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نصَّ عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه،

---

(١) ومثل آخر من العبادات: أن الحنابلة قد نصوا على كراهة التروّح (أي استعمال المروحة لتلطيف حرارة الجوّ) في الصلاة. فهذا لا يشمل اليوم المرواح الكهربائية التي تحرك الهواء، بدون عمل من المصلي ينافي حال الصلاة. وهذا مثل جيّد لتخلف علة الحكم وهي هنا حركة المصلي.

لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه» اهـ.

(ر: مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/ ١٢٥ والأمثلة التي أتى بها).

وقال الشهاب القرافي أيضاً في «الفروق» تحت الفرق /٢٨/ المسألة الثالثة ١/ ١٧٧ ما نصه:

«الجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين» اهـ.

ويقول ابن القيم رحمه الله في فصل «تغير الفتوى واختلافها بحسب تغيُّر الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد»:

«هذا فصل عظيم النفع جداً، وقد وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة، وتكليف ما لا سبيل إليه، ما يُعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به. **فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدلٌ كلها؛ ورحمةٌ كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها. فكل مسألة خرجت من العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل» إلخ...**

(ر: إعلام الموقعين طبعة المنيرية ٣/ ١ وطبعة فرج الله زكي الكردي ٣/ ٢٧).

٤/٧٨ ـ هذا آخر القسم الثاني من هذا المدخل عرضنا فيه تلك النظريات الخمس الفقهية الأساسية التي هي دعائم الفقه الكبرى، وقناطره التي يقوم عليها بنيانه في شتى أبوابه، وهي نظرية الملكية، ونظرية العقود، ونظرية المؤيِّدات، ونظرية الأهلية والولاية، ونظرية العرف.

فقلما يوجد فرع فقهي لا يكون لواحدة فأكثر من هذه النظريات الكبرى علاقة به، فإنه إذا كان فيه ثبوت ملكية في عين أو منفعة خضع

لنظرية الملكية وقواعدها. وإذا كان فيه التزام عقدي خضع لنظرية العقود. وإذا كان فيه صحة أو فساد أو بطلان أو توقف خضع لنظرية المؤيِّدات ونظرية الأهليّات. وإذا كان في حكمه تأثير للعرف خضع لنظرية العرف. وإذا كان فيه تصرُّف بفعل أو قول، أو فيه إثبات حق أو التزام خضع أيضاً لنظرية الأهلية والولاية والعقد.

فهذه النظريات الأساسية الكبرى تضرب نطاقاً حول أبواب الفقه وفصوله كلها يحيط بها، ويهيمن عليها ويوجِّه أحكامها، وتمسك كل جهة منه بطرف من هذه الأحكام.

٧٨/ ٥ ـ وقد بقيت نظرية سادسة هامة قد كان في مخطط بحثي أن أعالجها وأتمم بها عقد النظريات الأساسية الكبرى. وتلك هي **نظرية الضمانات**، تعرض فيها المبادىء الفقهية في ضمان الأمول والحقوق والتزاماتها في الذمم، وأسباب التضمين الشرعية، وأنواع الضمان من مستقر ومتحول (وهو الذي يستوجب للضامن الغارم حقاً في أن يرجع بما ضمنه على غيره)، وعوامل كل نوع وضوابطه، وما إلى ذلك من مباحث. ولكني تركت معالجة هذه النظرية الآن نظراً لضيق وقتي ولضيق نطاق هذا الجزء عنها، فقد اتسعت مباحث هذا الجزء إلى أكثر من الحد الذي كنت قدرته لها. والأمر إذا اتسع ضاق!![1]، كما انه إذا ضاق اتسع.

والآن ننتقل إلى القسم الثالث من هذا المدخل، وهو القسم الأخير المخصص لعرض القواعد الكليّة في الفقه الإسلامي.

---

(١) على أنني قد يسّر الله لي أن أصدرت (قبل هذا الإخراج الجديد للمدخل الفقهي العام) نظرية الفعل الضار ونشرتها في كتاب مستقل (دار القلم ـ دمشق ١٤٠٩ هـ /١٩٨٨م)، وهي تغطي جانباً كبيراً من نظرية الضمانات التي لها أسباب أخرى غير الفعل الضار. وربما أعيدُ نشر نظرية الفعل الضار ضمن المجلد التالي (الثالث) من هذه السلسلة الفقهية.

(٥)
فهرس الموضوعات المفصَّل

للجزء الثاني

قائمة فهارس الكتاب ومراجعه